✠

POR DON IVAN DE TORRES MONTEES,

EN EL PLEYTO CON DOÑA FRANCISCA Clut, viuda de Elias Sirman.

ANSE DADO POR NVESTRA parte a V. m. dos papeles, en que no solo se pusieron los fundamentos, de la justicia de Don Iuan, sino se procuró satisfazer a los que nos parecio se podian alegar por parte de Doña Francisca, y vltimamente a procurado su Abogado satisfazer a todo, valiendose casi de los mismos fundamétos que traximos por contrarios en nuestras informaciones, y aunque parecia no era necessaria respuesta, porque a todo estaua satisfecho, sin embargo, para que no quede rastro de duda, breuemente se satisfara y con facilidad a lo que agora se dize en la informacion contraria.

Alegase en ella por buen texto, la ley minor annis 40. D. de minoribus, y anos parecido que no es malo para nuestro proposito, porque *in specie illius legis*, se contraxo verdadera y real nouacion, *Vt ex acursio elleganter, vt assolet, traddit doctissimus Ant. Faber, in rationalibus ad d. textũ in ratione decidendi ad finem, ibi,* Bene autem Accursius ponit factam, esse nouationem quia non posit alioqui læssus, videri minor qui nulla nouatione facta actionem, iudicati adiecisset cõdictionem certi ex mutuo cum simallet agere ex judicato maneret idem ius, & executionem,

l.4.§. si ex conuentione de re judicata, nouatio sola est quæ ad fert læsionem, quia judicati actionem extinguit l. 1. de nouat. sola igitur nouatio est quæ potest inducere restitutionem, quia sine læsione dari restitutio nũquam potest (facilius enim contrahitur nouatio, en terminos de los Digestos que enlos del Codigo, y leyes de Partida) perecio la accion judicati que el menor tenia; partam ex caussa iudicati, porque libro della al deudor, dado la carta de pago sin condicion, ni pacto alguno, cauerat id se, accepise: contraxose nueua obligacion con la que hizo el deudor por otra tanta cantidad prestada, & cautionem eidem debitor quasi creditæ, pœcuniæ fecerat. Y porque la primera obligacion, ex causa iudicati, expresamente quedo extinguida con la carta de pago quedo sola la accion ex credito, y respecto de que esta no era tan buena para el menor como la primera: inter est autem (vt inquit Cuiatius, Antonius Faber, & Gothofredus in illo textu) eius vt ex iudicati potius quam crediti titulo pœcunia debeatur iudicatum enim litium finis est creditum vero initium, & origo, por este perjuizio se le concedio la restitucion a el menor, in integrum restitui potest.

En nuestro caso, la diferencia en el hecho y en el derecho es grandissima, porque la carta de pago no fue absoluta, sino condicional, para que se le diesse otro Iuro, con la misma finca y antiguedad a los herederos de Elias Sirmá, no se extinguio la primera obligacion, antes ex vi pacti, preuenido en la primatiua creacion del Iuro quedò viua, y assi tiene todos sus efectos y antiguedad, finca e hipotecas, alias, si se vuiera extinguido començara la antelacion desde el dia que se despachó el nueuo preuilegio.

No se contraxo segun esto en nuestro caso nouacion si solo como se auiá de pagar los reditos y el precio principal del Iuro, quando se redimiesse a Luis de Padilla, se puso la paga a los herederos de Elias Sirman, de modo q̃ solo interuino nueua persona en quanto al acreedor, *non vero, nouus contractus, nec noua obligatio*, y assi procede con llaneza la comun opinion de lo mas y mejor de la *iuris prudencia videlicet, quod interuentu nouæ personæ non fit nouatio vt ex pluribus late traddit*, Zauallos comm. contra cõm. quest;

quest,754.per totam vbi num.9.adducit tamquam expressam l. 15.titu.14.partita 5. y si esto procede aun quando se muda, o interuiene nueua persona deudor, no se puede dudar que no ay nouacion quanto menos quando se muda el acreedor, porque en este caso *numquam nouatur obligatio*, pues el deudor no queda libre, ellegante Cuiatius in paratilita ad titul. de nouat. ibi, nouatio est mutatio personæ aut causæ debendi. sequitur Antonius Heringius de fideiussoribus cap.20.§.3,num. 2.

Supuesto lo qual procede cō llaneza en nuestro fauor, d. l. minor.40. argumento sumpto à contrario sensu, porque si en el caso de aquel texto interuino nouacion, *& extincta ideo fuit obligatio primeua*, y assi para suscitarla fue necessario el beneficio de la restitucion, *in nostro vero cassu in quo non fuit extincta nec nouata primeua, & promordialis, obligatio*, ni es possible darse en el nouacion, *sequitur*, por necessaria consequencia que el Iuro es el mismo, y que no ay oy en el otra nouedad mas que la referida de auerse interpuesto por acreedores en lugar de Luys de Padilla, los herederos de Elias Sirman, *quod quidem vt supra traddidimus non causat nouationem in contractu neque in obligatione. Infertur etiam*, que en nuestro caso, no solo no se contraxo nouacion, pero en los rigurosos terminos de el y de derecho fue imposible contraerse, supuesto, que la anterioridad del Iuro quedò con su antiguedad, alias, *si contraheretur nouatio quæ est prioris obligationis in aliam transfusio atq; translatio. l. 1. D. de nouatt.* la anterioridad se tomaria desde el dia de la nouacion y nueua obligacion, y no se pudiera considerar de el dia de la obligacion nouada y extinguida.

En segundo lugar se trae por mejor texto, la ley qui vsum fructum 36. versi. idemq; esse D. de vsufructu. Casi cō lo mismo que dexamos dicho, se responde a este texto, porque en su casso, *legatus fuit vsus fructus scyphorum* (que eran vnos vassos llamados assi por su primero artifice, Scythis Celius Rodiginius lib 27. antiquarum lectionum ca. 27. Si bien Macrobio lib. 5. Saturnalium cap. 21. atribuye su inuencion a Hercules, eran vasos para beuer de singular grandeza y artificio, vsauase del en los grandes ban

queres

quetes, *ad ebriandum hospites vnde Cicero ludere inter sciphos, dixit pro quod est interpotandum.* Virg. 8. Eneidarum pag. mihi. 323. verso 5.

Et sacer impleuit dextram scyphus, ocyus omnes
inmensam leti libant diuos q; præcantur,
Dequo Plinius, lib. 33. naturalis histo.)

Y despues de auer hecho el legado fundio los vasos y reduxeronse *admassam argenti, & iterum*, boluio a hazer otros vasos, *eiusdem materiæ & qualitatis*, dize el Consulto Africano, que *non debetur, legatum licet enim pristina qualitas sciphorum restituta sit, non tamen illos esse quorum vsus fructus legatus fuit.*

El casso deste texto es diferentissimo, porque la calidad de los vassos se mudò y passò en otra forma in cassu d.l. *qui vssum fructum*, y assi aunque restituyò *ad primã formam, hoc est*, a la misma hechura de vasos, en substancia, no son los mismos, sino otros, como si se huuieran hecho, *ex alia massa argenti in nostro vero cassu*, no se mudò la forma y calidad de la obligacion, antes quedò la misma, y assi tiene los mismos efectos y calidades de finca, hipoteca y antiguedad.

Secundo & mellius respondetur, que aquel texto habla en legado del vssufructo de los vassos, los quales si se funden y reducen a plata, *licet postea ex ea*, se bueluan a hazer los vassos de la misma forma y hechura que tenian, *tempore quo vassa legata fuerint non debetur legatum ex ratione Iuris consulti in d.l. qui vssum fructum in versi. licet enim.* Otra cosa serà, *si legata fuisset proprietas scyphorum*, porque entonces *licet deinde massa facta fuerit*, y se hagan quantas transformaciones quisieren dellos, *aduc debetur legatum & semper materia deberi affirmandum est cum IureConsulto in l. seruũ filij* 44. §. si pocula, & §. siarca D. de leg. 1. l. item legato 49. §. si vxori, D. de leg. 3. l. lana. 88. § fin. eodem titu. tradit docte ex Accursio, Anton. Faber. in d. l. qui vsum fructum versi. idemq; esse in ratione decidendi.

En nuestro casso, lo que comprehendio la obligacion e hipoteca no fue el vssufructo del Iuro, sino la propriedad, y assi aunque despues se mudasse la forma, hoc est, la carta y nombre del dueño del Iuro, quedãdo como quedò el

do el mismo que antes con todas sus calidades, no se mudò, ni quitò la hipoteca, *semel in eo introducta*, la qual solo se quita por los medios introduzidos por derecho, in titu. quibus modis pignus, vel hypoteca soluitur.

En tercero lugar se trae la ley inter stipulantem §. Sacram D. de verborum obligat. con los demas concordantes que nosotros juntamos y ponderamos por cõtrarios a nuestra pretension en el primero papel, en el tercero fũdamento contrario, fol. 6. a la buelta, y aunque el Abogado de Doña Francisca haze larga ponderacion de estos textos exornando su discurso con doctrinas muy biẽ ponderadas, cõ todo no satisfaze a la respuesta que latissimamente dimos a estos textos en el mismo papel, en el tercero casso §. 3. fol. 13. a donde no solo se satisfaze a ellos, pero dandoles su verdadero y genuino entendimiento, se ponderan por nuestra pretension, y con ellos se prueua claramente la justicia de Don Iuan, y assi escusamos el boluer a repetir en este papel lo que alli se escriuio con mucho cuydado, *netram bembis coctam proponamus*.

Solo no podemos escusar de aduertir, que el abogado de Doña Francisca en el discurso que haze, ponderando estos textos, queriendo persuadir la mayor facilidad que dize ay en estinguir, alterar y mudar las cosas incorporales, respecto de la que tenemos para en quanto a las corporales, y para aplicar los discursos que en esto haze, supone por cosa constante, que el Iuro antiguo se estinguio y el q̃ aora tiene Doña Francisca es otro nueuo, porque dize se causó, y contraxo verdadera nouacion, para laqual basta la voluntad de los contraientes, *ex iuribus per contrarium aductis*, y si esto fuera cierto no auia duda en la ilacion que haze de estas Doctrinas, videlicet; que quedaua extinguida la hypoteca del tributo sobre que se litiga.

El presupuesto referido es incierto, porque como se aduirtio en nuestro primero papel no es nueuo Iuro el que tiene Doña Francisca, sino el mismo que tenia Luys de Padilla, ex fundamentis adductis fol.

Præterea, en este caso no se contraxo nouacion, ni vuo voluntad de cõtraerla, assi por lo que dexamos fundado de la Comun de Zauallos d.q. 754. & d.l. 15. titu. 14. part. 5.

Como y porque si fuera cierta la pretensa nouacion quedaran libres las hypotecas en que estaua fundado el Iuro ex l. nouatione 18. de nouationibus, y por el mismo texto no corrieran reditos del Iuro en el intermedio, desde que se rompio el priuilegio antiguo, hasta q̃ se escriuio y despachò el nueuo, en cabeça de los herederos de Elias Sirman, *nouatione legitime facta librantur hypotecæ, & pignus, & vsuræ non currunt*, todo lo contrario se da en nuestro caso, porque las hipotecas del Iuro y finca del, quedò la misma, y si fueran otras nueuas no conseruara la misma antiguedad, y los reditos intermedios se pagã como sino se vuiesse rompido el Iuro antiguo, y esto es cosa notoria, y consta por el testimonio presentado, vltimamente, que se cobraron estos reditos, desde el punto que se rompio el Iuro, hasta que se dio el nueuo priuilegio, con el goze del de primero de Enero de 616. y aun se cobraron los reditos desde el dia que se rompio el priuilegio, que fue en 26 de Nouiembre de 615. hasta fin del mismo año.

Y finalmente no vuo voluntad de hazer, ni contraer nouacion, ni de alterar la substancia y propriedad del Iuro, sino dexarlo en su antiguo ser. Lo qual persuaden llanamente las certificaciones insertas en el priuilegio de el Iuro, que està en este pleyto, fol. a donde auiẽdo dado carta de pago en fauor de su Magestad, del precio principal del Iuro, dize, *para efecto de que se bueluan a vender, por venta nueua y con antelacion en cabeça del dicho Pedro Sirman y de los demas herederos de el dicho Elias Sirman su padre*, & statim, ibi, *Porque por la dicha razon, y para el efecto susodicho quedan consumidos, como dicho es.*

Con estas palabras se manifiesta con llaneza, que el cõsumirse el Iuro, el dar carta de pago, el romperse el priuilegio, no fue con voluntad de causar nueua obligacion, ni nueuo contrato, sino como entre particulares, quando vno sucede en bienes obligados a la paga de vn tributo, o sucede nueuo acreedor en el, obliga a el deudor a que le reconozca, y este es el estilo ordinario entre particulares, assi en la Contaduria de su Magestad, se le da a el nueuo successor nueuo priuilegio, y para q̃ el antiguo no q̃de viuo, y su Magestad obligado, por vna misma causa a la paga

ga de dos Iuros,se rõpe el priuilegio,y porq̃ no asi,se podia hazer lo mismo enla razon q̃ se tiene enlos libros Reales de los Iuros q̃ paga su Magestad, tomase por espediẽte el darlos por consumidos,con la carta de pago que da el señor de el Iuro,dandose por contento y pagado del precio principal,declarando el efecto para que se da, y asi no interuiene paga,ni nueua obligacion,si solo nueuo acreedor,como queda dicho,lo qual no merece nombre de nouacion verdadera,ni tiene efectos de tal,sino de impropria e imaginaria, *est ergo impropria, nouatio quãdo prior obligatio manet & noua forma ei adiicitur, & vocatur cumulatiua quasi addatur secunda non vt prior sit perempta,sed vt efficatius debeatur*, Bart.Iasso. Mantica, & alij quos refert,& sequitur gratianus lib.2.discept.foren.cap.290.num.7.Y para que procedan los efectos de la nouacion,es necessario que sea legitima *facta, & quod debitum expresse deducatur in nouam obligationem*, Bartulus in l. Valerianus q. fin. D. de præto stipulat Negusantius de pig. .3. membro sextæ partis num.1.versi.& primo fallit.

Y finalmente,no ay que tratar en este negocio,de que se contraxo nouacion,porque esta se contrae en vno de tres modos, *videlicet quando persona aut res,siue forma mutatur in veteri obligatione, & nouæ aliquid additur*, l si vnus.28. §.pactus nepeteret D. de pactis l. 2. & 3. D, & C. de nouatt.traddit.elleganter, Ant.Pichardus in §. præterea nouatione instituta quibus mod.tollitur oblig.num.9. & sequent. y la alteracion o mudança de persona a de ser en la del deudor, y aun es necessario que expresamente los contrayentes declaren que quieren contraer nouacion y causarla l. fin.C.de nouat.d.§ præterea, nouatione l.2. versi. o por renouar, & l. 15.titu. 14.parti. 5. exornat late Pichardus vbi supra num.2. & 3.Alex.Trentaq.lib.3. Varum titu.1.num. 1. vbi num.3. quod non sufficiant coniecturæ præsumptionis quantũ cumq; vrgentissimæ ad inducendam nouationem.

En nuestro caso no ay nouacion enla persona,porque la misma es la obligada,no enla forma,porque el mismo contracto y obligacion es la primera que la segunda,sin

auerſe añidido, ni quitado coſa alguna en ella; ni en lo Real y efectiuo del contracto, en todo eſtà guardada vniformidad. *a noſtro quidem debitore niſi noui quid afferamus, vel obligationi aliquid adiiciatur nouatione non fit. l. ſi ita fuero 6. l. cum enim 7. D. de nouatt.*

Y quando todo ceſſara, y eſte modo de renouar los preuilegios, pudiera por algun modo, llamarſe nouacion, eſta no ſe puede dezir voluntaria ſino preciſſa y neceſſaria, como lo es la que ſe haze per lyttis cõteſtationẽ, y aſsi obligado y neceſsitado, ſu Mageſtad por ſu palabra, pacto y conuencion hecha en la creacion del Iuro, a donde eſtà obligado a dar dos, o tres ventas nueuas, cumpliendo cõ eſta obligacion (q̃ como dize el Emperador y la ley 3. *eodẽ, titu. ſed vt aliũ nobis adſtringat ad dandũ aliquid, vel faciẽdũ*) haze y da los nueuos preuilegios, o vẽtas nueuas, y en eſtos terminos de nouació neceſſaria no ſe haze alteració en coſa alguna, y ſe queda la obligació antigua en ſu primitiuo ſer, ſin ceſſar, ni extinguirſe las hypotecas, ni otra coſa alguna, l. aliam D. de nouatione gloſ. Bart. Iaſſ. & alij quos referi, & ſequitur Neguſantius de pignoribus d. 3. mẽbro ſextæ, partis num. 2 *quia vt ipſe inquit, nouatio neceſſaria non eſt priuatiua, ſeu extinctiua prioris obligationis, ſed eſt accumulatiua aliorum effectuum cum primis.*

Y en eſta forma y con eſta impropriedad, & imperfeccion de nouacion, ſe entiende lo que en el primero papel muchas vezes diximos maxime, en el primero punto del tercero caſo, fol. 17. a la buelta vbi traddidimus, que ſu Mageſtad traſpaſſa el Iuro antiguo en el nueuo, por modo de nouacion, *non quod ſit vera nouatio*, ſino por la ſemejança que tiene con ella ex eo, de que ſu Mageſtad queda libre de pagar al primero comprador del Iuro, rompiendo el preuilegio, transfiriendo la miſma obligacion con toda ſu forma y calidades en fauor del nueuo cõprador, neceſsitado como queda dicho, *ex vi pacti*, y de ſu palabra Real, que en quanto a eſto ſe obliga eficazmente; porque ſi bien fue diſputable, *vtrum Princeps ex contractu ab eo celebrato obligetur naturaliter tantum, an etiam ciuiliter, (de quo hic non diſputamus)* lo cierto es, que como quiera que

ſe

se obligue quanto quier solo sea la obligacion, *naturalis tantum*, los efetos son como si fuessen de obligacion ciuil, *& necessitate ad stringitur ad seruandas conuentiones*, y assi la question referida mas parece verbal que Real, *vt bene aduertit Egidius, in l. ex hoc iure. D. de iust & iure 2. part. c. 1. n. 2* si bien la mas comun es, que *in contractibus vtitur Princeps iure Communi & consideratur vt pribatus & tenetur illis stare, vt testantur fere omnes in cap. 1 de probatt. quos plena manu congerit Dominus Ioan. del Castillo lib. 5. controuer. cap. 89. nu. 111.* y lo que en esta question haze a nuestro proposito demas de lo referido, es lo que tratando della dize Bald. consi. 327. lib. 1. col. 1. versi. *bene concedo, quod & si Papa, & Imperator passunt creare, & supprimere dignitates, cap. cum accessissent de constitutione, a tamē hoc intelligitur dignitate vacante, & quando est in abstracto non tamen si est in substantia hoc est, si iam es collata alicui, cui ei dicatur quæ sit tum ius, quod sine causa tolli non potest, & si a Principis sola liberalitate procesit sequitur Menochius consi. mil y tres, lib. 11. num. 91.* De que se infiere, que si bien su Magestad haze estas renouaciones de preuilegios, y por serlo pueda darsele nombre de nouacion impropria e imperfetamente hazelo obligado, ex vi pacti, & conuentionis, no voluntaria y liberalméte, sino nesecessitate ad strictus, y esto ajustandose con los derechos de que vsan los particulares, y sin perjudicar al tercero que tiene derecho adquirido por hipoteca en el juro, porque ni la voluntad de su Magestad se estiende a este perjuizio, ni es creible que lo hiziera para fin de consumir y extinguir las hipotecas contraidas legitimamente en fauor de vn tercero.

De aqui se infiere muy bien, que como quiera que esta renouacion en rigurosos terminos de derecho no se pueda llamar verdadera nouacion, sino impropria e imperfecta, ya sea porque no tiene aquellos requisitos que arriba referimos, ya sea porque como dexamos fundado, es renouacion precissa y necessaria, se trae muy bien ya proposito, lo que se dixo en el primero papel fol. 10. versi. in primis del texto, y la Glossa en la Clementina fin. de rescrip. porque este genero de renouacion se dize propriamente supresion, y se aplica muy bien la doctrina y diferencia

rencia entre los beneficios ſuprimidos que ſe renueuan, y los beneficios nueuamente criados, porque ſupueſto q̃ eſta renouacion de priuilegios, no ſe puede llamar propriamente nouacion ſino con la impropriedad e imperfeccion referida, llamaſe muy bien ſupreſsion del priuilegio antiguo y renouacion con el nueuo titulo, y aſsi no ay que parar mucho, en la diferencia que ay entre el verbo, *ſuprimere, & extinguere*, que ſe haze en la informacion contraria (cuyos lugares ſe hallaran juntos a la letra en Ambroſio Calepino verbo ſupprimo) con que reſpondemos a lo que ſe dize por la otra parte en ſu informacion artic. 3. fol. 7. buelta, en quanto a eſte particular de la doctrina referida a que replicamos en eſte lugar, por parecer a propoſito.

Ni es contrario lo que ſe dize, fol. 4. buelta verſi. tambien ſe puede reſponder, porque la diferencia que ſe haze del caſo quando ſe reſuelue el derecho que el deudor tenia a la coſa hypotecada quedando ella viua, o perecer, y eſtinguirſe totalmente la coſa hypotecada: en el primero caſo ſe conſerua la hypoteca, en el ſegundo perece cõ la miſma coſa hypotecada; admitimos eſta diferencia, y a mi ver ſe retuerce totalmente contra la otra parte, porque aqui como queda fundado, no ſe llama verdadera extincion la del Iuro conſumido, con animo y para efecto de renouarlo, antes queda el miſmo Iuro con todas ſus calidades, y aſsi como en el ſe cõſerua la hypoteca fauora a el Iuro que es la finca y ſituacion que antes tenia; aſsi tã bien las hypotecas en el introduzidas por derecho, o por conuencion. En lo qual obra mucho el animo e intenciõ, ya para excluir la nouacion y ſus efectos, ya para la conſeruacion de las hypotecas, como en el caſo de la ley inter ſtipulantem, §. Sacram. con los concordantes:

La tercera reſpueſta que ſe propone, por Doña Franciſca en ſu informacion fol. 5. verſi. Lo tercero corruit, en el derecho, porque como dexamos fundado en el ſegũdo papel, reſpondiendo a la ley 3. C. de ſeruo pignori dato, & manumiſſo, no ay diferencia entre la eſpecial y general hypoteca en nueſtro caſo, como alli fundamos, ni importa, que plus aut. minus afficiat, porque el mas o me nos

nos,no muda la ſuſtancia,y por las demas razones que alli referimos.

Tambien falta en la verdadera y puntual relacion del hecho,porque Luis de Padilla obligò todos ſus bienes auidos y por auer, a la ſeguridad y ſaneamiento del tributo,como conſta de la eſcritura que eſtà en eſte pleyto fol. 66.a donde deſpues de hecha la impoſsicion de el tributo con todas las condiciones y pactos que ſe ſuelen poner al fin della,dize eſtas palabras. *E para lo aſsi pagar y cumplir, como dicho es obligamos nueſtras perſonas y bienes, auidos y por auer,y eſpecial y ſeñaladamente os obligamos e hipotecamos el dicho tributo de ſuſo declarado,enque hazemos eſta dicha ſituaciō, y que la obligacion e hypoteca eſpecial no derogue à la general, ni por el contrario* eſta clauſula, de mas de que con claridad y expreſſas palabras comprehende todo locontenido en la eſcritura, ibi, *y para lo aſsi pagar y cumplir como dicho es,* baſtaua que fueſſe clauſula pueſta al fin de la eſcriptura, por palabras indefinitas,para que ſe entēdieſſe que comprehendia todo lo antecedente,Bart.conſi.54.num.3.lib. 1.Alex.conſi.122.num.15.& 16.lib.7.Gloſ.fin. in l. ſinegotium C.de neg.geſtis Menochio conſi.334.num.8.Marta de clauſulis,claut.. 4. p.num. 9.

Tambien retorquetur contra aduerſarium,lo que dize fol.5. verſi. Lo ſegundo porque (dexado aparte la violencia que haze a la letra de los textos,como en ellos ſe puede ver,y que ſe encuentra con lo q̃ dexa dicho en el verſi. *tambien ſe puede* a donde quiere fundar, que etiam ſi reſpe careat dolo debitoris extinguitur hypoteca) en nueſtro caſo vuo dolo claro y manifieſto, como lo fundamos con muchos medios en el ſegundo papel;y aora añidimos, q̃ Pedro Sirman comprador del Iuro,por ſi,y por ſus hermanos, todos herederos de Elias Sirman concurrio en el pleyto del Conſulado, por cuyo mandado ſe vendio el Iuro, como acreedor de Luys de Padilla, juntamente cō la Igleſia de Malaga, que auia deducido ſu derecho en el pleyto, y lo vio y reconocio el que tenia la Igleſia;y auiēdo el Conſulado condenado a los acreedores,a que eſperaſen a Luis de Padilla y notificado la ſentencia a los acreedores,y entre ellos a la Igleſia, y acabadoſe con eſto

la jurisdiciō del Cōsulado, vulgata lex iudex postea, quam D. de re iud. haziendo autos sin citar a la Iglesia (q̄ justa y propriamēte se llama juyzio aleue) vendierō el Iuro, y lo cōprò Pedro Sirmā, y luego lo passò en su cabeça y de sus coherederos, y a todo esto la Iglesia no hizo, ni pudo hazer diligencia alguna, porq̄ demas de no auer sido citada para ello, estaua segura, juzgando q̄ el pleyto y jurisdiciō del Consulado estaua acabada con auer sentenciadolo, y condenado a los acreedores a que esperasen; no puede auer argumento mas claro del dolo y mala fè, y mal modo, notoriamente injusto, con que procedio el Consulado, siendo asi, que en particular el Prior y Consules de los mercaderes deuent procedere ex bono, & æquo Bart. in l. si fideiussor. §. quidam D. mandati; y aunque no deuē guardar las solenidades, y apices del derecho, toda via debent seruire iura naturalia, & ciuilia, vt ex Bartolo, Angelo, & aliis traddit, & sequitur Greg. in Rubrica titu. 7. que es de los mercaderes partita 7.

De lo qual se infiere que el auer comprado en almoneda publica, y con auctoridad del consulado (cuya jurisdicion en caso de aquel pleyto no fue, ni la tienen para mādar vender bienes si solo para componer al deudor quebrado con sus acreedores amigablemente, y de solo esto se trataua) no escusa del dolo y mala fè a el comprador, q̄ sabia muy bien, como litigante en el pleyto, que auia otro acreedor de mejor derecho que era la Iglesia de Malaga, y que en su perjuizio y sin su citacion se vendia el Iuro para pagar acredores posteriores a la Iglesia.

Esto solo bastaua para satisfazer a la objeccion que se haze con el lugar de Gaito y decision de Ponte, a q̄ respondemos en el segundo papel, porque ellos mismos en el caso en que hablan (si bien diferente del nuestro) se limitan quando ay dolo y fraude, o mala fè, o presuncion della, y asi no ay para que hazer mucha instancia en satisfazer a lo que se dize en la informacion contraria, pretendiendo que en el caso de la costumbre de Napoles, de que hablan Gaito y Ponte uvo dolo en el vendedor, y sin embargo se extinguen las hipotecas, porque esto es contrario a lo que dize el mismo Ponte decisio. 28. num. 18.

(a quien

(a quien se remite y sigue Gaito) contrario a lo que funda el Abogado de Doña Francisca fol.5.versi.Lo segundo y a los principios de derecho natural y Christiano, quibus docemur, & præcipimur alterius dolo nemine præ grauere, nec debere alteri per alterum iniquam conditionem inferre, si ya no es que quiera dezir, que en Italia no se repara tanto en esto, como en España a donde se à de determinar este pleyto, por Juezes tan atentos a lo justo.

Aduertimos en el segundo papel, la diferencia de nuestro caso a el de Napoles, y porque el Abogado contrario dize qne es de poca sustancia nos obliga a insistir en ella, bien que dimos muchas a que no se satisface: vna fue, q̃ en el caso de Napoles auia interuenido Real y verdadera redencion del Iuro hecha por el que tuuo cesion del Fisco para poder redimirlo, virtute pacti Iuris luendi, que es lo mismo que la facultad, que por derecho tiene el Principe, y otro qualquier particular deudor tributario de redimir el tributo en cuya redencion real y verdadera consiste toda la diferencia de nuestro caso, en el qual no la ay verdadera, ni aun simulada, porque como tantas vezes queda referido el intento principal, y lo que se haze no es extinguir el Iuro, ni redimirlo, sino renouar el preuilegio en fauor del nueuo acreedor, en que hallamos todas estas diferencias.

La primera y mas principal es la que queda referida, de interuenir en el caso de Napoles redencion real y verdadera, y en el nuestro de ningun modo, en el primer caso se libra no solo su Magestad y sus rentas, como en el caso de la ley Grege.13.§.cũ pignori.D.de pignoribus, ibi, *Si Dominus soluerit pœcuniam, pignus quoque perimitur*, Pero tambien quedam libres las hypotecas que se auian introduzido en el mismo Iuro, vt bene notat Gothofredus in d. §. cum pignori lit. T. ibi. *vna tantum solutione liberatur primus debitor, tunc enim desinit ei esse in causa pignoris*, y lo aduierte el contrario, ibi, *y con esta paga no solo lo libra del, pero de las hypotecas.*

En nuestro caso, como no vuo redencion no quedò libre su Magestad, ni la finca del Iuro, antes todo queda afecto

fecto y obligado, y paga reditos y conserua el Iuro su antelacion.

La segunda diferencia es, que en el caso de Napoles cócurre libre y espontaneamente la voluntad de el fisco, dádo y cediendo ael que quiere comprar el Iuro el derecho deredimirlo, que era tambien voluntario, de modo, que lo que procura el comprador, y solicita con el Fisco, es la facultad libre, que por derecho y conuencion tiene de redimirlo, la qual con facilidad se puede alcançar, pues a el Fisco no le viene dello perjuizio alguno y conesta cessió voluntaria redime el Iuro y con testimonio de la redencion se le despacho nueuo preuilegio, y como quiera q̃ todo esto es voluntario, nihil mirum, que perempta volútarie antiqua obligatione; y contraida otra nueua queda hecha verdadera y propria nouacion quede libre el Iuro de las hypotecas contraidas por el vendedor.

En nuestro caso la Renouacion de el Iuro, como queda referido, no la haze voluntariamente el Fisco, sino necessitate ad strictus ad id faciendum ex vi pacti, y assi no es perfecta nouacion, ni por ella se extinguen las hypotecas, ni la finca del Iuro, ni su antiguedad queda en algo ofendida.

Esta diferencia es mas perceptible considerado, que en el caso de Napoles no se hallara, que auiendose vsado del estilo que dizen Gaito y Ponte, que se tiene en aquel Reyno quede el Iuro con la misma antiguedad, que tenia el antiguo, ni que se paguen los corridos intermedios.

El caso de Vicencio de Franchis decissio 64. es diferentissimo del nuestro, porque en aquel se trataua de dos generos de acreedores, super re faudali, vnos que tuuieron consentimiento del Principe ad obligandam rem feudalem, sin el qual, como nota bien Franchis, no se podia hypotecar, y estos erá mas modernos, y otros mas antiguos, qui non habebant Principis assensum, y concurrian todos a el precio, redacto ex retro venditione rei feudalis, y sin embargo de que los otros habebant Principis assensum, se prefirieron los Antiguos por la regla, qui prior est tempore, y porque las hypotecas modernas padecieron

la for-

la fortuna del dominio que se resoluio, ex executione pacti de retro vendendo, el qual como executado, resuelue el dominio, de la misma manera, resoluuntur hypotecæ medio tempore contractæ ex his, quæ num. 4. traddit ipse Franchis d. decis. 64.

La diferencia desta decision (y de la resolucion in questione vtrum recissa vendicatione ex pacto de retro vendendò, resoluantur hypotecæ medio tempore contractæ) y nuestro caso consiste en que por el vso y execució de aquel pacto, resolvitur venditio, y el dominio que virtute venditionis, & tradditionis se le adquirio a el Comprador como si tal cosa no vuiesse passado, traddit Pater Molina Iesuita de Iust. & iure. 2. tom. tractatu 2. disput. 374. num. 12. col. 547. Gutierrez ex pluribus de gabellis q. 10. num. 23.

En nuestro caso el contracto no se resuelue, porque queda el mismo con todas sus calidades, como queda referido tantas vezes, y solo ay alteracion en la persona del acreedor.

Y no causa perjuyzio dezir, que nuestro caso no tiene nada de imaginario, antes todo es Real, y que en el de Napoles todo es imaginario, porque lo contrario es certissimo, y en nuestro caso no ay redencion verdadera del Iuro, ni la intencion es de contraerla, ni ay precio fingido, ni simulado, si solo quitar del medio al primer comprador y poner en su lugar a el segundo, para que su Magestad no quede grauado con dos Iuros en lugar de vno, en Napoles ay verdadera redencion y se haze efectiuamente, y el que redime no compra el Iuro, que esto es diferentissimo de redimirlo, con que como auemos dicho queda libre su Magestad, no empero quando se compra y rópe el priuilegio antiguo para dar otro nueuo, de modo q̃ toda esta diferencia consiste, en que en el vn caso ay verdadera redencion con dinero contado, y en el otro no la ay, ni aun imaginaria.

En el segundo articulo de la informacion contraria se propone segundo fundamento; por el qual se pretende, q̃ con la venta judicial hecha por mandado del Consulado se resoluio la hypoteca del tributo de la Iglesia de Malaga:

ga. Y porque en este fundamento se altera la verdadera re lacion del hecho, es forçoso hazella puntual.

Lo que realmente passò fue, que Luys de Padilla auiendose presentado en el Consulado y pretendido, que el Prior y Consules de los mercaderes lo compusiessen con sus acreedores, en virtud de las Cedulas Reales que tiené, vuo sentencia de espera, en que los acreedores fueron có denados a esperarle por cierto tiempo: algunos acreedo res tributarios posteriores a la Iglesia de Malaga se auian querellado de Luis de Padilla, por dezir, que auia impues to sobre el Iuro deste pleyto mas cantidad de tributos de lo que montaua la renta del Iuro, con que se le impedia el gozar de la espera, y para salir deste embaraço voluntariamente y sin que le apremiasse a ello ninguno de sus acreedores, el mismo Luys de Padilla pidio que se vendies se y rematase el Iuro, para que con su precio se redimiessen los dichos tributos. Deste pedimiento se mandò dar traslado a los acreedores de Luis de Padilla, y se notificò a todos menos a la Iglesia de Malaga, como consta de el testimonio desde foxas 81. a la buelta, y por el nueuo testimonio presentado por Don Iuan, a donde estan todas las notificaciones hechas a los acreedores, trasladadas a la letra, sin q̃ como dicho es, se notificasse a la Iglessia de Malaga, aunque auia salido a el pleyto de la espera; y assi mismo se notificó a la parte de los herederos de Elias Sirman, que tambien eran acreedores de Luis de Padilla, có esto vuo auto del Consulado para que se vendiesse y rema tase el Iuro, como en efeto se hizo, sin que tampoco este auto se notificasse a la Iglesia.

Desta relacion, que es puntual y verdadera, se infiere por necessaria consequencia, que todo lo que se alega en este segundo articulo en fauor de Doña Francisca retorquetur euidétissime contra eam.

Lo primero, porque esta véta se hizo por mandado de Iuezes omnino incompetentes, porque el Prior y Consu les no lo fueron para mandar vender el Iuro en el caso re ferido, si solo para componer a Luys de Padilla con sus acreedores, y esta jurisdicion no se puede estender a vender bienes para pagar los acreedores que se auian querellado

llado ante la justicia ordinaria contra Padilla, por el estelionato referido, y esta jurisdicion de vender bienes, pagar acreedores toca priuatiuamente a la justicia Ordinaria, l. in fiscalibus l. missi opinatores C. de exacto. tributorum lib. 10. que hablan aun en caso que los exactores, o cobradores de los tributos fiscales pretenden vẽder los bienes de los deudores, para que paguen el tributo Fiscal. Y para que esta venta se diga propriamente Iudicial y necessaria se auia de hazer por Iuez competente, l. 52. titu. 5. partita 5. ibi, *los juezes que an poder de mandar fazer entrega por razon de su oficio, pueden vender la cossa que assi fuesse entregada, por fazer cumplir la sentencia*, y el sumario desta ley dize: *que los Iuezes que an poder de fazer entrega por razon de su officio pueden vender lo ageno:* y no haziendose en esta forma, y con la que da esta ley, dize a el fin; *y si por auentura los Iuezes, e los otros oficiales fizieren vendida de las cosas agenas, de otra manera dezimos que non deue valer*, vbi Gregor. glos. fin. allegat. tex. in l. 1. & ibi. glos. C. de fide instrum. & de iure hastæ fiscal, lib. 10. y assi esta venta hecha por mandado de Iuezes incompetentes, no se puede llamar judicial verdaderamente.

Lo segundo, porque esta venta no fue necessaria, si no meramente voluntaria, hecha a pedimento de Luys de Padilla, para su cõmodidad, y gozar de la espera que le auia dado el Consulado, sin que acredor alguno la pidiesse, antes muchos la contradixeron, ni el pleyto tenia estado para ello, pues en caso que los Consules fueran Iuezes competentes para ello auia de ser precediendo sentẽcia digna de execucion, ex d. l. 52. ibi, *para hazer cumplir la sentencia*: vnde procede con llaneza la nulidad, de la misma ley, ibi, *dezimos que no deue valer*, y assi esta sentencia no valio en fuerça de necessaria y judicial, sino meramente voluntaria.

Lo qual se comprueua con llaneza, sin que pueda quedar duda dello, con que auiendo Luis de Padilla pedido que se vendiese el Iuro para redimir los quatro tributos, y auiendo contradicho esta venta Doña Ana de Esquiuel con otros acreedores, y satisfaciendo Padilla a esta contradicion, como consta del primero testimonio del Consula-

ſulado, a foxas 88. en la peticion de Padilla dize eſtas palabras. *Y ſin embargo de ſu contradicion, an de mandar V. mercedes que ande en pregon vn breue termino, y ſe rematen en el mayor ponedor, porque yo quiero hazer la venta deſtos bienes, de mi voluntad: dandome por ellos el juſto precio para efeto de redimir los tributos, con cuyo cargo comprê la heredad, que eſta redenciõ, no me la puede prohibir ni quitar la dicha Doña Ana de Eſquinel, y ſino fuere para eſte efecto de redimir, y que el comprador de ſu mano redima yo no quiero que ſe venda.*

Ex quibus infertur, no ſolo reſpueſta a lo que en eſte articulo ſe quiere hijar, a eſta venta, dandole nombre de neceſſaria, ſino tambien a lo que ſe dize, y queda apuntado de la reſolucion de las hypotecas contraidas por el comprador, cum pacto de retro vendendo, quando la venta ſe reſuelue, ex vi pacti, porque entonces como quiera que eſto ſe haze, ex neceſsitate pacti, y no por retrovencion voluntaria, las hypotecas padecen la miſma fortuna que el dominio, pero quando la venta es voluntaria todo lo contrario es cierto, y las hypotecas ſe conſeruan como eſtauan antes, ex Gratiano neguſantio ſupra, & aliis pluribus abies relatis.

Tambien ſe infiere el dolo y mala fee del comprador, que fue vno delos acreedores citados para la venta, y que auia concurrido en el pleyto de eſpera, y comprò, viendo y ſabiendo quan ſin razon ſe vendia el Iuro, y por Iuezes incompetentes, contra la voluntad de muchos acreedores que la contradixeron, y ſin citar a la Igleſia.

Lo tercero, porque es certiſsimo el defeto de la dicha citacion, y conſta dello por los dichos teſtimonios, y baſta para probança deſta negatiua, que el eſcriuano aya dado traslado a la letra de las citaciones en el vltimo teſtimonio, diziendo que ſe mandò dar traslado alos acreedores, y que a los que ſe notificó, fue a fulano y fulano, y en ellos no eſtà la Igleſia de Malaga, conque aun quãdo nos tocara la obligacion de probar la negatiua eſtaua biẽ probada.

Maxime, que la preſuncion que aſsiſte a el Iuez, de que procedio rite, & recte, es quando puede darſele eſte nombre, y que lo es verdaderamente, pero quando (como que da

da dicho) no lo es, o estiende su jurisdicion a lo que no le toca, entonces procede como particular, y cessa la dicha presuncion, aduirtio esto con cuidado Pedro Surdo, decissione 231. num. 20. que alega el contrario, ibi, *sexto interuenit etiam hoc cassu iudicis idest, Domini Prioris Collegij decretum, est enim is Ordinarius iudex in eius modi contractibus.*

Præterea la citacion es acto de iurisdicion, y assi aun quando se vuiera hecho no obraua efecto alguno, ni se podia tener por citacion, Menochius de presumpt. lib. 2. presump. 22. num. 9. y como queda fundado, el Cõsulado no tuuo jurisdicion para la venta del dicho Iuro.

Y finalmente las doctrinas que se alegã de Menochio, Mascardo y Surdo, no son a proposito en este articulo, hablan de las solemnidades que se presumen por la diuturnidad del tiempo, lo que ay en el particular de las citaciones, que esta no se presume, aunque estè enunciada en la sentencia, o autos Ioan Andreas, in addit. ad speculat. titu. de sent. §. iusta ver. & nota, Archidia. in cap. proposuisti. 86. dist. Baldus in cap. bonæ col. 2. de ellect. maxime, quãdo la sentencia no passó en cosa juzgada porque no se notificó, o está apelado de ella, Bart. in l. acta D. de re iudic. Communis Doctorum in cap. quoniam cõtra de probat. & esse in dubitatum dicit Abba. consi 92. num. 3. lib. 1. Y quando en la sentencia se enuncia expresamente la citacion indiuidual, para que se crea esta enunciacion es necessario que concurra diuturnidad de tiempo, y que no aya autos originales de que se pueda aueriguar la verdad, innocen. & Ioa. Andreas in cap. Albericus de testibus Cinus in l. emencipatione C. de fide instrument. Alex. in l. de vnoquoque D. de reiudi. & diuturnum tempus in presenti dicitur decennium l. possidere, §. si seruus D. de adqui. poss. iuncta glos. ibi Alex. in l. si forte D. de adqui. poss. pero quando ex instrnmento aparet non interuenisse citationem, etiam si transactum sit longissimum tempus non præsummitur Castrẽsis consi. 48. post mediũ lib. 1. Alex. consi. 1. lib. 4. versi. receditur ergo.

En el tercero y vltimo articulo de la informacion contraria se trata de satisfazer a los fundamẽtos, que por parte de

ce de don Iuan juntamos en el primero papel, y aunq̃ las respuestas no son concluyentes, con todo replicaremos a ellas con la breuedad possible.

A la respuesta que se da al primero fundamento de la paridad, que dimos del beneficio renouado ael Iuro reuocado por venta nueua, es muy igual por las razones arriba referidas, y esta equiparacion no es necessario que sea omnimoda, basta que se parezca en lo essencial, y a proposito, para la sujeta materia, porque como dize Aristoteles, quod est simile nõ est idem, y no puede auer cosa mas semejante en el mundo. Porque esta renouacion no extingue el derecho total del Iuro, ni por ella se acaba la obligacion del Principe, ni se extinguen las hypotecas, ni se pierde la antelacion, ni cessa el curso de las vsuras, o reditos, y assi no viene a proposito la diferencia de el verbo, supprimere, con el extinguere, como queda aduertido.

A el segundo fundamento de la emphiteosis renouada no se satisfaze, ni se dio por entendido de la doctrina de Bartulo y ley de partida concordante (que por tal la trae el señor Gregorio Lopez glos. 7.) porque la ley, y nuestro fundamento habla en propissimos terminos, la equiparacion corre en esta forma; la Iglesia dio su heredad a censo emphiteutico por tres generaciones, acabaronse, y dize el texto que deue ser renouada y luego le llama renouamiento, aqui se da emphiteossis, acabada y despues renouada, y es con las mismas calidades, y por el mismo precio y condiciones, ex d.l. partitæ, ibi, *Saluo que por razon de este renouamiento no puede tomar el Abad, nin el monasterio de aquel con quien renouan esta carta, mas de tantos marauedis:* y lo aduirtio Valasco q. 11. num. 15. que alega el contrario: y aunque Corbulo dize, & sic nouus contractus, no es porque en la substancia sea nueuo contracto, sino porque se haze nueua carta, como dize la ley de la Partida, si ya no es que Corbulo no siguio lo que esta ley, Bartulo, Gregorio Lopez, y Valasco, Tiraquello y Deciano, que alegamos en este segundo fundamento. Lo mismo en lo substancial passa en nuestro caso, a donde por auerse renouado la carta del priuilegio, dezimos que es el mismo

y con

y con las mismas calidades, sin que aya auido mas nouedad que auerse en la nueua carta puesto el nombre de los herederos de Elias Sirman en lugar de Luis de Padilla, q̃ es lo mismo que passa en la emphiteosi renouada.

La respuesta que se da a el tercero fundamento, no percibimos que sea a proposito, porque lo que intentamos en el fue que la rea quisicion que haze el marido constante matrimonio de la casa, o heredad que traxo a el, y que salio de su poder, por auerla traido grauada con el pacto de retrouendendo, no se dize nueua adquisicion, sed quasi renouata, teniendo atencion a su origen, en esto consiste la fuerça deste fundamento, aplicado a lo que dezimos del Iuro renouado, que si fuera otro tambien se comunicara entre marido y muger, ex l. fori, y no se comunica, luego es el mismo: supongamos que Pedro comprò vn Iuro que estaua por priuilegio en cabeça de Iuan, casose y lleuolo assi a el matrimonio, despues constante matrimonio sacó nueuo priuilegio en su cabeça, dirase q̃ este Iuro por la ley del Fuero, se comunica entre marido y muger contra lo que dicta la razõ natural, y la doctrina de Bart. Decio y Gregorio Lopez, puede tener esta dotrina tan llana otro fundamento, sino es por ser el mismo, y por darse omnimoda identidad, que es lo que pretendemos fundar en todo quanto auemos escrito, y en dandola es llana la consequencia de que no se han extinguido las hypotecas.

A la respuesta que se da a el quarto y quinto fundamẽto, tiene vna misma replica, la qual depende casi de vnos mismos principios, porque el brocardico de que initium in contractibus spectandum esse, & caussam, no solo se aplica a el de negotiorum gestione, sino a todos los de el mundo, y assi habla generalmente y aplicado a nuestro caso, dezimos, que el despacho del nueuo preuilegio, no es nueuo contracto, sino execucion de el que se hizo enla primordial creacion del Iuro, a donde su Magestad se obligò a dar dos ventas nueuas sin lleuar derechos, no de venderlo por venta nueua, y assi se dize muy bien, que esta execncion y nueuo despacho, tiene origen del contracto hecho con su Magestad, & est quasi sequella, & eius

 execu-

executio,& sic ad causam primam,& preteritam referendus est,& vnus idemq; cum eadem caussa reputãdus, juzgamos, que viene a proposito para este pensamiẽto, quod traddit Marius Guiurba in illa notissima deciss. 10. num. 11. a donde auiendo tratado de la question Vtrum executio facta virtute vnius instrumenti couualidetur aliorum exhibitione, haze la distincion tan seguida y sabida, o el instrumẽto nueuamẽte presentado no tiene depẽdencia del primero & tũc nõ conualidatur executio: pero si tiene depẽdencia del primero substinetur executio, teniẽdo atẽciõ a el origẽ, y asi el juizio no se duplica, ni se varia por esto, vt notat ipse nu. 12. ibi, *quod si acta non adnouam incipiendam, sed ad perfectionem & iam in coatæ executionis consumationem acreditore sunt facta noua non erit instantia sed eadẽ prima & continuata dispositio.*

El otro brocardico de que vna gestio, vel plures dicuntur secundum diuersitatem animi gerentis, se aplica muy bien en nuestro fauor, sin violencia alguna, sino continuando lo cierto y verdadero que vamos fundando: en nuestro caso ay dos despachos de priuilegios, en el primero, obligacion de dar el segundo, el animo en este no es de criar nueuo Iuro, claro está, sino de cumplir con la obligacion puesta en el primero, y teniendo atenciou ad originem actus, es texto que parece a proposito la ley 1. §. idem Pomponins D. depossiti idem Pomponius quærit si tibi mandauero vt rẽ ab aliquo meo nomine receptã custodias idq; feceris mãdati ande possite tenearis, & magis probat mãdati esse actionẽ, quia hic est primus cõtractus, aqui ay dos actos, vno en que recibio la cosa en nombre del dueño, otro en que este le ordena qua la tenga en deposito, y en este conflicto de dos actos tan diferẽtes, reconocio el Iurisconsulto que el animo fue de contraer mãdato, y no deposito, quia is primus cõtractus est. Y esto aũ auiẽdo tan poca dependẽcia de vn acto a otro, todo fundado en el origen y principio de ambos actos.

El lugar de Parladoro, es tan a proposito, que aora auiẽdolo visto con el cuydado en que nos puso, dezir el cõtrario que es en su fanor, juzgamos que es en el nuestro, aun mucho mas de lo que se entendio al principio, Y asi suplica-

plicamos a V. Señoria ſe ſirua de que ſe lea todo el capitulo, que es breue. Solo aduertimos para eſte lugar, que la diſtincion de Parladoro con ſiſte, en que quando la enfiteoſis ſe acaba y reſuelue, de tal ſuerte, que no queda dependencia del contracto enfiteotico, como ſucede en el feudatario, o enfiteota, que por culpa ſuya cadit ab emphiteoſis ſeu feudo, y el ſeñor de la propriedad, o del feudo, tomó poſſeſsion del fundo, de modo, que con toda perfecion ſe dize que finita eſt ephiteoſsis tunc, ſi el ſeñor dela propriedad con quien el vtil dominio ſe auia reconciliado buelue a conceder la amphiteoſsis tunc dicitur noua, & nō renouata, y ſe adquiere a marido y muger, ſi ſucede el caſo referido conſtante matrimonio, eſte no es el nueſtro, porque nunca la obligacion de ſu Mageſtad quedò extinguida, antes con la miſma que antes tenia, taliter; q̃ pudieron Pedro Sirman y ſus hermanos, iure optimo, obligar a ſu Mageſtad, a que preciſſamēte ſe le hizieſſe deſpachar el preuilegio, y eſte es el ſegundo caſo del Emphiteota, que acabadas las generaciones puede obligar a el ſeñor proprietario a que buelua, ad reformandam emphitheoſsim, & tunc noua non dicitur ſed vna cum priori, habito reſpectu ad primam: de adonde tiene origē, y por cuyo reſpecto y atencion, iure ipſo compellente, como en nueſtro caſo, cogitur dominus eam emphitheotæ ſeu eius hæredibus reformare, y eſte es el lugar de Parladoro, doctrina de Bartulo, y de muchos q̃ alega, y es la ley de Partida, que tenemos alegada.

La deciſsion de Farin. que alegamos en el ſexto fundamento es tan propria de nueſtro caſo, y tan fauorable a Don Iuan que no puede ſer mas, es la 122. a donde ſe prueua la Doctrina deſte fundamento, y en el numero 9. dize eſtas palabras, que a mi ver ſon deciſsiuas de nueſtro pleito: *non obſtat, quod translatio ſit per modum extinctionis quia iſta extinctio eſt momentanea, & non ſit ad finem amittendæ penſionis, ſed adquirendæ alteri, & ideo non eſt in conſideratione ſed ipſa translatio & creatio, propter quam principaliter ſit extinctio, & ſecundum eam regulari debet, pro vt notabiliter, conſuluit Socinus conſi. 53. num. 27 lib. 4. Puteus deciſſ. 519. num. 9 part. 2. Contraria autem locum haberet ſi Eccleſia ſemel a penſione, &*

ne, & grauamine esset liberata, quia tunc, si altera similis iterũ alteri aßignaretur esset nouum grauamen, & requirerentur omnia quæ in prima reseruatione requiruntur, &c. & iterum num. 10. accedit quod trrnslatio intelligitur facta cum suis qualitatibus; l. translatio. l. Caio, D. de adim leg. ideo translatarius debet vti eodem iure, & preuilegio, nec in plus grauari, quam esset grauatus transferens, cum ille succedat in ius alterius, &c. Obliganos a trasladar estos lugares, la seguridad con que el contrario dize son en su fauor, vea V. Señoria si puede serle cosa mas contraria, la pension se extingue totalmente y se transfiere en otra persona, y con todo es la misma y cõ las mismas calidades que tenia la extinguida, y el translatario se llama successor en ella, y deue vsar del mismo derecho que el transferẽte; lo mismo passa en los Iuros, porque la extincion dellos no es propria, sino respectiua, para que a otro se le despache preuilegio, y este a de vsar del mismo derecho, porque es successor, vnde procedit regula, quod eo iure, quo ille in cuius locum succedit vti debet. Lo mismo prueua la decisi. 733. num. 1. a donde dize que esta pension transferida, non est noua sed antiqua, y que el tranlatario succedit loco transferentis.

La disceptacion 113. de gratiano, dize el contrario que es en su fauor, en el num 77. y no haze memoria de lo q̃ dize en el num 78, & 79. ibi. *Cum per translationem dicatur pensio noua, quo ad effectum tamen viæ executivæ quassi possessionis, nam respectu substantiæ pensionis non dicitur noua quamuis transferatur, sed antiqua &c. & statim ibi, etenim illa extinctio penßionis translatæ tamquam momentanea, non debet esse in consideratione, cum fiat ad effectum quod statim & in continenti reseruetur alia similis penßio, &c.* y no serà de fundamento, que el despacho del nueuo Iuro se dilatase ocho meses, porque (de mas de que esto fue omision, o cuydado de los herederos, para dar color a su injusta pretension) en la misma carta de pago y extincion del Iuro, se dize q̃ se hizo para efeto de que se le despache preuilegio en su cabeça en la misma finca, antiguedad, y por la misma cantidad, las mismas palabras dize Gratiano en la 132. num. 33. aunque el contrario diuide el concepto, y se vale solo de lo que dize en el num. 34. Lo mismo haze en la alegacion

ció que añide de la 397. porque en el num. 9. dize que se extingue la pension antigua, y que es nueua la transferida, pero luego lo tiempla y dize, cum distintione tamen, quo ad substantiam pensionis, seu viæ executiuæ, y alega la misma deciss. de Laccelleto, que auia alegado en las precedentes. Mejor que todas la 455. num. 14. y 15. ibi, *Prout dicimus de translatione pensionis de vno benefitio ad aliud, in quo remanet obligatio in eodem statu ad fauorem pensionarij, cũ non agatur de noua obligatione inducenda, sed de veteri conseruãda.* Lo mismo sucede quando vna Iglesia se transfiere a otra, ab eo qui potestatem transferendi habet, porque quãuis traslata suprimatur, seu extinguatur nihil ominus omnia iura pertinẽtia ad Ecclesiam translatam pertinent ad eam, in quam fit translatio cap. & hoc diximus 16. q. 7. vbi glos. cap. abbati de verborum sig. Seraphinus deciss. 1149. num. 16. Y no ay que dezir que aqui interuiene delegacion, porque antes esto destruye la pretẽsion cõtraria, ex eo quod hodie per delegationem non fit nouatio, vt ex l. 15. tit. 14. partita 5. & communi Zauallos q. 754. supra traddidimus.

A el septimo fundamento se satisfaze, con lo mismo q̃ auemos menester, y para que se vea que vamos cõ el mismo concepto que el contrario, y en el hallamos fundamento para lo que pretendemos; Supongamos que es cierta la resolucion q̃ el acreedor intermedio entre el arrendamiẽto y tacita reconduciõ, se prefiere al señor de la cosa arrẽdada en la cobrança de la pension, o renta de la casa, de cursa tempore tacitæ reconductionis, siendo estos dos cõtratos tan vezinos, o casi vno mismo pues queda con las mismas calidades de tiempo, precio, e hypotecas, y que el texto in §. qui impleto dize, sin violentar la letra: non solum reconduxisse videbitur, sed etiam pignora videntur durare; La razon desta doctrina es la que nos importa para nuestro pleyto, q̃ es la misma que da Gaito en el lugar citado por la otra parte, y que es comun para muchos casos y para el nuestro; cum per superuenientem obligationem eidem creditori nullatenus præiudicatum fuit, y por la misma razon no quedan obligados los fiadores, ni las hypotecas agenas, que con consentimiento del señor dellas

ſtas ſe obligaron, niſi accedat domini nouus conſenſus vt inquit Gothofredus in d. §. qui impleto litera I. Eſto miſmo dezimos q̃ paſſa en nueſtro caſo, quequanto quiera q̃ el comprador y vendedor del Iuro hagan ſus ventas, y ſu Mageſtad haga translacion del Iuro de vna perſona en otra, no puede perjudicar a el acreedor q̃ tiene ſu derecho radicado por hipoteca en el Iuro, eſto es mas indubitable quando interuiene el Principe en la translació, cuyo animo e intécion, ſiépre va limpio de perjuizio de tercero, y la clauſula ſine præiuditio tertij, ſe entiéde y tiene por inſerta en todas ſus cartas y preuilegios, l. 2. §. ſi quid a Principe D. ne quid in loco publici ca. ſuper eo de offi. delegati Decius cóſi. 11. n. 4. Farin. deciſſ. 226. n. 1. 2. p. in recétioribus Seraph. deciſ. 398. Gratia. diſcept. foren. c. 867. n. 16.

El octauo fundaméto ſe puſo ex abundanti, no porq̃ fueſſe neceſſario, pero a mi ver (niegue la otra parte lo q̃ quiſiere) no puede euitar la fuerça del, porque en huyédo la ſubrogaciou (q̃ es lo que menos nos importa) ſi bien a la translacion llama ſubrogacion el cap. Abbati 25. extra de verborum ſignifi. a de dar en la identidad, porque nueuo Iuro es impoſsible que lo ſea, por lo que dexamos fundado en eſte y los demas papeles, maxime, por las deciſſiones de Rota de Farinatio, y lugares de Gratiano, q̃ parece no dexan duda en nueſtro caſo, y ſon tan deciſsiuas del, como ſe á viſto. Y lo que ſe dize que los herederos de Elias Sirman fueron poſſeedores de buena fè, y que compraron judicialmente, es contra los autos del remate, porque ni ſe hizo por Iuezes competentes, ni ſe guardò lo q̃ es tan ſuſtancial como la citacion. Y Pedro Sirman vno dellos, que fue el comprador, concurrio en el pleyto de eſpera por ſi, y por ſus hermanos, y tuuo noticia de q̃ la Igleſia de Malaga era mejor acreedor que todos, y la venta fue meramente voluntaria, que parece que ella y el cóſumir el Iuro, ſolo fue con animo dedefraudar el derecho de la Igleſia. Cum quibus pro nobis reſpondendum ſperamus, Salua in omuibus. &c.

Licenciado Duran de Torres.